JESÚS MARÍA CASAL*

¿Cómo restaurar la democracia constitucional frente a la cooptación autoritaria de un tribunal constitucional?

How to Restore Constitutional Democracy in the Face of Authoritarian Constitutional Court-Packing?

RESUMEN

Este trabajo examina la cooptación de tribunales constitucionales como práctica que se ha extendido en las últimas décadas, a menudo en contextos de declive o desmantelamiento de la democracia y evalúa principios y mecanismos para revertirla. En regímenes populistas-autoritarios la cooptación de tribunales constitucionales corresponde a las claves de la dominación política que ejercen y representa un grave cercenamiento de la independencia judicial. Desde una perspectiva comparativa, el presente estudio introduce precisiones conceptuales en torno a la categoría de la cooptación judicial (*court-packing*) y reflexiona, a partir del debate global sobre cómo rescatar la democracia en estas circunstancias, acerca de la forma de deshacer tal cooptación, desde el constitucionalismo, para recuperar dicha independencia. Con este propósito, se exploran opciones institucionales que permitirían revertir la cooptación judicial, conforme a los estándares internacionales referidos a la reconstrucción de sistemas judiciales en situaciones de regresión democrática o postautoritarias (o postotalitarias) y de posconflicto. Se sostiene que para arrostrar adecuadamente estos desafíos ha de preservarse

* Abogado *summa cum laude* de la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). Especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela y doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello e individuo de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Presidente de la sección venezolana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Actualmente profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Andrés Bello. Contacto: jcasal@ucab.edu.ve. ORCID https://orcid.org/0000-0001-9684-3691.

Recibido el 31 de enero de 2026; aprobado el 20 de febrero de 2026.

DOI: https://doi.org/10.18601/01229893.n65.07.

el marco de Estado de derecho mientras se lucha por restablecerlo, sin eclipsarlo con el pretexto de los fines perseguidos, y a la vez sin pretender que se actúe como sería exigible en periodos de continuidad y satisfactoria calidad democrático-constitucional.

PALABRAS CLAVE

Cooptación judicial, tribunales constitucionales, erosión o desmantelamiento de la democracia

ABSTRACT

This paper examines the court-packing of constitutional courts as a practice that has become widespread in recent decades, often in contexts of the decline or the dismantling of democracy, and evaluates principles and mechanisms to reverse it. In populist-authoritarian regimes, the court-packing of constitutional courts is one of the keys to the political domination they exercise and represents a serious curtailment of judicial independence. From a comparative perspective, this study introduces conceptual clarifications regarding the category of court-packing and, based on the global debate on how to rescue democracy in these circumstances, offers reflections on how to undo such court-packing, from a standpoint of constitutionalism, in order to restore judicial independence. To this end, institutional options are explored that would allow judicial capture to be reversed, in accordance with international standards for reconstructing judicial systems in situations of democratic regression or post-authoritarian (or post-totalitarian) and post-conflict situations. It is argued that in order to adequately address these challenges, the rule of law framework must be preserved while fighting to reestablish it, without overshadowing it under the pretext of the ends pursued, and at the same time without pretending that one must act as would be required in periods of continuity and satisfactory democratic-constitutional quality.

KEYWORDS

Court-packing, constitutional courts, erosion or dismantling of democracy

SUMARIO

Introducción. 1. La cooptación judicial (*court-packing*). 1.1. La cooptación judicial en nuevos contextos. 1.2. El concepto de *cooptación judicial*. 2.

¿Cómo revertir la cooptación judicial en los contextos considerados? 2.1. La restauración del constitucionalismo como objetivo. 2.2. Revertir la cooptación judicial. 3. Algunos estándares y orientaciones para deshacer la cooptación. 3.1. Restablecer el Estado de derecho sin quebrantarlo. 3.2. Fórmulas para la reversión de la cooptación judicial. 3.2.1. La terminación anticipada del periodo de los jueces. 3.2.2. La declaratoria de la nulidad absoluta o inexistencia de las designaciones correspondientes. 3.2.3. La instauración de procesos de evaluación/investigación de jueces, con posibilidad de separación del cargo. 3.2.4. La ampliación del número de jueces del tribunal constitucional. 3.2.5. Un nuevo diseño orgánico de la jurisdicción constitucional. 3.2.6. La participación de actores internacionales y la aplicación del derecho internacional. 4. Conclusión. Referencias

INTRODUCCIÓN

Últimamente se ha incrementado el interés en el estudio de los procesos de cooptación de los órganos judiciales (*court-packing*), especialmente de las altas cortes y de los tribunales constitucionales. Se trata de un fenómeno que atraviesa realidades y sistemas jurídicos muy diversos, con características y contextos también variables[1]. No es nuevo, pero adquiere en tiempos recientes rasgos particulares. Las prácticas observadas oscilan entre el juego institucional duro (*hardball*) ante la oportunidad de efectuar designaciones, encaminado a lograr una mayoría afín de magistrados en la Suprema Corte, como sucedió en los Estados Unidos en el primer mandato de Trump, y la completa e inconstitucional purga y ocupación política de la instancia principal de la jurisdicción constitucional, como ha ocurrido en Venezuela.

Dentro de la democracia, o aún en sus límites, y fuera de ella, la cooptación política de las altas cortes es un instrumento de neutralización o control gubernamental de tribunales que se ha extendido y se ha ido afinando en su uso, con experiencias de imitación o influencia entre ordenamientos vividas a nivel global o regional. De ello dan cuenta las convocatorias constituyentes de la región andina de finales de los noventa y de la primera década del siglo XXI, que permitieron un rápido reemplazo en las posiciones de poder de la rama judicial o de otras instancias llamadas a limitar el ejercicio del gobierno, con episodios o mecanismos accidentalmente distintos pero bajo el impulso de una ola constituyente similar; así mismo, ello se aprecia en

1 Para un estudio comparativo véase Kosař, D. y Šipulová, K. Comparative court-packing. En *International Journal of Constitutional Law*, 21, 2023, 80-126.

las medidas de doblegamiento y sumisión judicial adoptadas en Hungría y luego en Polonia en el ámbito europeo[2].

Especial atención merecen las situaciones en las que la cooptación de la jurisdicción constitucional ha demostrado ser un factor decisivo en la transformación del sistema democrático en una dirección autoritaria. La cooptación judicial no se suscita únicamente en estos procesos y por sí sola no implica una degeneración autoritaria[3]; pero suele ser una herramienta primordial en esta evolución y la jurisdicción constitucional ha sido objetivo principal de quienes en dinámicas de autocratización detentan el poder del gobierno. Los tribunales constitucionales han terminado siendo ciertamente víctimas de su propio éxito. Ha sido puesta de relieve su marcha triunfal[4], como solución institucional para el control de constitucionalidad de las leyes bajo impronta kelseniana, que con los antecedentes de entreguerras fueron adoptados por Alemania e Italia después de la segunda gran conflagración mundial y, a partir de los aciertos de estos primeros ensayos, trascendieron a la regulación constitucional en otros países, en posteriores oleadas de democratización, como la asociada a la transición a la democracia en España y, posteriormente, a la que tuvo lugar en regímenes comunistas en Europa Central y del Este. Su recepción parcial se produjo también en América Latina, con adaptaciones derivadas de su inserción en diseños institucionales sobre la protección judicial de la Constitución que ya se venían desarrollando.

Consolidados como componentes neurálgicos del Estado constitucional y democrático de derecho, siendo una instancia llamada, entre otras funciones, a contribuir a la garantía de los derechos fundamentales y a la preservación de balances constitucionales, con facultades aptas para dificultar el despliegue irrestricto de políticas gubernamentales, no podían ser ignorados por liderazgos de signo revolucionario, regenerador, populista en la mayoría de los casos, no dispuestos a convivir con estructuras de poder que respondieran a otros paradigmas u orientaciones, así estos fueran los del Estado de derecho, y que pudieran obstaculizar la implementación de los cambios pretendidos. La contraposición existencial entre la misión arquetípica de tales tribunales,

2 Véase, entre otros, Daly, T. "Good" Court-Packing? The Paradoxes of Constitutional Repair in Contexts of Democratic Decay. En *German Law Journal*, 23, 2022, 1071-1103; Ayala, C. La independencia de la justicia y los procesos constituyentes en la Región Andina. En *Estudios Constitucionales*, Año 6, 1, 2008, 345-358; Casal, J. M. *The Constitutional Chamber and the Erosion of Democracy in Venezuela*. En *ZaöRV,* 80, 2020, 913-971.

3 García Helgado, B. y Sánchez Urribarri, R. Court-packing and democratic decay: A necessary relationship? En *Global Constitutionalism,* 12:2, 2023, 350-377.

4 Häberle, P. La jurisdicción Constitucional institucionalizada en el Estado constitucional. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001,169-181.

aunque no siempre corroborada por su desempeño efectivo, y la vocación de poder irrestricto de esos liderazgos, estimuló la intervención política, que fue animada igualmente por la idea de que era de singular utilidad apropiarse del acervo competencial de la jurisdicción constitucional para apuntalar la hegemonía política.

Estos procesos de sello populista y al menos embrionariamente autoritario de las últimas décadas, que irrumpen desde el pórtico de la democracia, se distinguen por su inclinación a conservar formalmente mecanismos de la democracia constitucional, al tiempo que los socavan, desfiguran y reconducen a una nueva lógica[5]. De este modo, el peso legitimador de la existencia de tribunales constitucionales, u otras fórmulas institucionales del alto órgano judicial de la jurisdicción constitucional, entró en perfecta sintonía con la identidad de los regímenes populistas-autoritarios de finales del siglo XX y de la presente centuria, En esta clase de regímenes la cooptación judicial (*court-packing*) no es un accidente ni una característica, tampoco un simple cálculo pragmático, sino obedece a su propia naturaleza.

Este trabajo examina las prácticas de *court-packing* enfocando la mirada principalmente en los regímenes que, en virtud de esa orientación de base populista, han sido degradados a una situación híbrida o autoritaria. Al hacerlo se tendrán en cuenta las evidencias de la evolución o degeneración institucional venezolana, aunque con una perspectiva global y con apoyo en estudios que han ayudado a comprender mejor estos procesos de horadación iliberal de las democracias apalancados por el acceso al poder mediante elecciones. La literatura dedicada a la cooptación judicial reúne a varias disciplinas y enfoques, que es preciso considerar en una investigación sobre estos fenómenos, predominando en este trabajo la óptica jurídico-constitucional, abierta a los aportes politológicos y enmarcada en una aproximación comparativa[6].

Ante la perdurabilidad de los regímenes comentados, la atención de la doctrina se está volcando hacia la determinación de los medios y estrategias que podrían emplearse para desmontar la ocupación política iliberal de la institucionalidad llevada a cabo por los protagonistas de la erosión de la democracia[7]. En este sentido, han surgido interrogantes y propuestas relativas a la forma de restaurar el constitucionalismo en esos contextos de declive o

5 Scheppele, K. Autocratic Legalism. En *University of Chicago Law Review*, 85, 2018, 545-584.

6 Véase, entre otros, Kosař, D. y Šipulová, K. Comparative court-packing, cit., 83 y ss.

7 Bobek, M. y otros, *Transition 2.0. Re-establishing Constitutional Democracy in EU Member States*, Baden-Baden, Nomos, 2023.

de desmantelamiento democrático[8], lo cual comprende el desmontaje de la cooptación judicial instaurada. Si los acontecimientos políticos permiten que se exprese electoralmente y sea reconocida una voluntad popular contraria a la permanencia en el poder de los responsables de la cooptación judicial: ¿cómo revertirla, a fin de restablecer la independencia judicial y de la jurisdicción constitucional?

El objeto central de la presente indagación es, primero, abordar el concepto mismo de cooptación judicial, sujeto recientemente a importantes debates, y ahondar en las razones por las que este fenómeno está mereciendo intenso tratamiento; es primordial precisar el concepto de *cooptación judicial*, para identificar con mayor facilidad las situaciones correspondientes y procurar evitarlas o revertirlas, bajo las coordenadas antes indicadas. Segundo, examinar la discusión sobre la restauración del constitucionalismo ante situaciones como las apuntadas, como posible fuente de principios y herramientas para revertir (*unpacking*) la cooptación judicial y recuperar la independencia del tribunal constitucional. Tercero, enunciar y evaluar fórmulas institucionales para lograr este propósito, considerando los criterios fundamentales referidos a estándares internacionales de independencia de la judicatura. Finalmente, se enunciará la conclusión general del estudio.

1. LA COOPTACIÓN JUDICIAL (*COURT-PACKING*)

1.1. La cooptación judicial en nuevos contextos

La cooptación judicial es un fenómeno antiguo, pero hoy adquiere especiales rasgos y crece el interés en ella, porque ha pasado a ser un instrumento de uso frecuente y de singular calado en dinámicas políticas como las señaladas. Es la otra cara de la expansión global del poder judicial y de la jurisdicción constitucional que ha sido destacada por la doctrina[9]. En la medida en que la jurisdicción constitucional ha avanzado hacia el terreno de definiciones de alta significación política, en un sentido amplio de este término, aquella se ha vuelto en mayor grado objetivo de fuerzas partidistas o liderazgos que quieren obtener el poder o continuar en su ejercicio y desplegar desde allí determinados programas, a menudo con sello populista.

8 Arato, A. y Sajó, A. Restoring Constitutionalism. En *Verfassungsblog*, 17 de noviembre de 2021, https://verfassungsblog.de/restoring-constitutionalism/ (consultado el 20 de noviembre de 2025).

9 Hirschl, R. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

La práctica en virtud de la cual, en un contexto democrático saludable, las organizaciones políticas tratan de incidir en los procedimientos de designación de los magistrados de las altas cortes no es inusual y en sí misma no es reprochable. El propio marco constitucional, cuando prevé, como a menudo ocurre, la participación de los congresos o parlamentos o del presidente de la República en la selección de tales jueces, refleja que es natural que las dinámicas democráticas y de sucesión de mayorías políticas repercutan en la integración de los tribunales constitucionales. Frecuentemente se contempla también la intervención de otros órganos, no políticos, en tal selección, pero por lo general el peso de las instancias políticas de una u otra forma suele ser importante, conforme al propio diseño constitucional y sin entrar ahora a considerar la influencia agregada que de hecho ejerzan por otras vías.

Es frecuente y tampoco es necesariamente censurable que los partidos intenten apoyar candidaturas próximas a postulados filosófico-políticos o ideológicos afines a los propugnados por la organización, siempre que el criterio central para la proposición y escogencia sea el de las cualificaciones profesionales o académicas, la trayectoria en el campo respectivo del derecho y, a fin de cuentas, los méritos profesionales e idoneidad para acceder al cargo, con condiciones para el cumplimiento con independencia de la función jurisdiccional. En una democracia consolidada, con independencia judicial por lo tanto, la preponderancia de algunas corrientes respecto de otras en un tribunal constitucional no tiene que implicar que los magistrados respaldados para su designación por determinado partido actúen en bloque en defensa de las políticas o posiciones que este preconice, de modo que el tribunal pueda preservarse como órgano suprapartidista y con capacidad de oscilar en sus sentencias y en la dirección del voto de sus miembros.

Sin embargo, el problema para la democracia constitucional surge cuando hay una acción abusiva de parte de algunos de los actores, destinada a someter al tribunal, a despojarlo de su libertad para resolver conforme a derecho los conflictos que le corresponde dirimir. La dificultad que puede surgir ante ciertas circunstancias para reconocer el punto a partir del cual este umbral se cruza forma parte del debate sobre el concepto de *cooptación judicial* que seguidamente se abordará.

En una visión de conjunto, los propósitos e intensidad de la cooptación judicial varían. En ocasiones se persigue neutralizar, esto es, anular a la instancia judicial de control, en otras se espera un papel no solo pasivo, de no perturbación, sino de colaboración activa con la instauración de la dominación política; a veces se quiere facilitar el desarrollo de ciertas políticas o la resolución judicial en determinado sentido de temas controvertidos de orden social y moral, dentro de los esquemas existentes de democracia, sin

clara orientación hacia su desmantelamiento, mientras que otras veces se aspira impulsar un cambio de régimen, en dirección autoritaria[10]. No faltan episodios de captura judicial de altas cortes para favorecer transformaciones al interior de un régimen no propiamente democrático y sin señales de aperturismo.

La cooptación de altas cortes suscita contemporáneamente particular preocupación y ha merecido la atención de tribunales u otros organismos internacionales[11], puesto que puede operar como una suerte de bloqueo o alteración sustancial de toda la estructura institucional del Estado de derecho. En una sola jugada los actores tendencialmente autoritarios están en capacidad de quebrantar todo el andamiaje constitucional, acelerando la erosión de la democracia y limitando las opciones de contención de quienes pretendan defenderla. Además, la cooptación de altas cortes suele ser un primer paso hacia la captura de todo el poder judicial. La cooptación de los tribunales ordinarios no es el objeto de análisis de este trabajo, pero indudablemente ha de tenerse en consideración al medir las implicaciones de esta práctica.

1.2. El concepto de cooptación judicial

Son múltiples los mecanismos que han utilizado los gobiernos populistas y otros protagonistas del declive o desmantelamiento de la democracia a fin de apalancar las posiciones de poder alcanzadas mediante el voto popular y ensanchar las vías por los que puedan avanzar sin contratiempos en la implementación de sus proyectos políticos. La cooptación judicial es solo uno de ellos y conviene fijar criterios para diferenciarla de otros métodos de ocupación y socavamiento de la institucionalidad democrática. En lo que concierne al poder judicial y al control ejercido sobre los tribunales suele diferenciarse entre la cooptación o apropiación judicial (*court-packing*), a la que de inmediato me referiré, y el debilitamiento u obstaculización del

10 García Helgado, B. y Sánchez Urribarri, R. Court-packing and democratic decay: A necessary relationship?, cit. 352-358.

11 Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, *Salvaguardar la independencia de los sistemas judiciales frente a los desafíos contemporáneos a la democracia*, párr. 20 y ss.; file:///C:/Users/prof/Downloads/A_HRC _56_62-ES%20(1).pdf (consultado el 10 de noviembre de 2025); para referirse a la cooptación judicial el informe emplea la expresión *capture* en inglés y apropiación en español. Comisión Internacional de Juristas, *Jueces en la Cuerda Floja. Informe sobre Independencia e Imparcialidad del Poder Judicial en Venezuela,* 2021, 22; https://www.icj.org/wp-content/uploads/2021/06/Venezuela-Judges-on-the-tightrope-Publications-Reports-Thematic-reports-2021-SPA.pdf (consultado el 10 de noviembre de 2025).

funcionamiento de los tribunales (*court-curbing*)[12], que comprende medidas destinadas a reducir las competencias del órgano jurisdiccional, las posibilidades de acceso de los justiciables o de actores de la oposición, la capacidad de lograr el cumplimiento o ejecución de sentencias y otros procedimientos similares.

La cooptación judicial consiste en incidir en la composición de un tribunal constitucional u otra alta corte para generar, mantener o intensificar el control sobre la mayoría de los jueces del respectivo órgano jurisdiccional[13]. Una nota esencial para el reconocimiento de la cooptación judicial es que dicha actuación se distingue por ser abusiva o implicar una desviación de poder, pues supone crear irregularmente o aprovechar la oportunidad de designar jueces para capturar los miembros del tribunal y asegurar decisiones favorables o evitar fallos adversos a las expectativas de quienes ejercen el poder político. Generalmente la cooptación judicial favorece a las fuerzas gubernamentales y es impulsada por estas, pero podría beneficiar a una oposición que cuente con mayoría en el parlamento y la use con fines de bloqueo u otros objetivos semejantes.

Conviene mirar con más detalle los rasgos identificatorios de la cooptación judicial, considerando algunos aportes de estudios previos. Un buen punto de referencia en la literatura político-constitucional sobre las posiciones doctrinales acerca de la cooptación judicial y sobre los correspondientes episodios comparados, respecto de las altas cortes, lo encontramos en el trabajo de Kosař y Šipulová sobre la materia[14], que analiza estos fenómenos con una mirada comparativa, que trasciende de la visión tradicional de la doctrina estadounidense y tiene en cuenta variadas experiencias y contribuciones del Norte y Sur global, para perfilar, con base en ellas, una noción útil para la investigación y la respuesta institucional en este campo. La definición que proponen ha sido acogida por otros autores como punto de partida para formular sus propias consideraciones[15].

Según Kosař y Šipulová, *court-packing* es cualquier cambio en la composición de la corte existente que es irregular, llevado a cabo activamente (no

12 Clark, T. The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy. En *American Journal of Political Science*, vol. 53, n.º 4, 2009, 971-989.

13 Tal como antes se apuntó, no se aborda en el presente estudio la cooptación de tribunales ordinarios, frecuentemente unipersonales, lo cual obligaría a ajustar la aproximación conceptual.

14 Kosař, D. y Šipulová, K. Comparative court-packing, cit.

15 García Helgado, B. y Sánchez Urribarri, R. Court-packing and democratic decay: A necessary relationship?, cit. 353-356.

ocasionado azarosamente) y crea una nueva mayoría en la corte o restringe la antigua[16]. Este concepto se compone de cinco elementos. El primero y clave es que haya un cambio en la composición de la alta corte. Esta alteración podría derivarse del incremento del número de jueces o magistrados, o de su reducción (cambio cuantitativo), o de la sustitución de algunos de los que ejercen el cargo, sin modificar las dimensiones de la corte (cambio cualitativo). En segundo lugar, *court-packing* sería un cambio irregular de la composición de la corte, "un cambio que no observa las normas constitucionales establecidas en el pasado"[17]; es decir, que se efectúa al margen de las normas constitucionales. Esto excluye del concepto los reemplazos y alteraciones de las tendencias de un tribunal originados en los procesos naturales de proveer vacantes ocurridas por fallecimiento, renuncia voluntaria o terminación del periodo de un juez, aun cuando alteren la mayoría dominante en el tribunal. Tercero, el cambio en la composición debería ser impulsado activamente, no ocasionado por causas fortuitas u otras que escapen al control de los actores involucrados en la selección de jueces. Cuarto, el cambio debería afectar a una corte ya existente, por lo que escapan a la categoría las situaciones en que se crea un nuevo tribunal para conocer de ciertos procesos, antes comprendidos en la órbita competencial de alguna alta corte. Quinto, el cambio debería crear una nueva mayoría o restringir la actual, lo cual puede ser generado por razones diversas, como procurar el alineamiento ideológico con el ejecutivo, o la designación de jueces no ligados con el gobierno anterior o que respondan a ciertos criterios sociales o de grupos etarios.

En relación con estos elementos pueden introducirse precisiones o ajustes. En cuanto al primer elemento, es discutible incluir en la cooptación judicial los casos en que no se cree o consolide una nueva mayoría, sino que se restrinja la ya existente en favor de otro factor político, sin generar una nueva. Por otro lado, habría que agregar como formas de *court-packing* los casos en que se actúa para reducir las dimensiones del tribunal, sin que ello cambie el número de jueces en ejercicio por estar funcionando la corte con un número menor al previsto, con la finalidad de descartar el riesgo de que ulteriores procedimientos de selección que deban realizarse prontamente alteren la mayoría existente en perjuicio de los detentadores del poder[18].

16 Kosař, D. y Šipulová, K. Comparative court-packing, cit. 84.

17 Kosař, D. y Šipulová, K. Comparative court-packing, cit. 85.

18 Un episodio de acortamiento del tamaño de la corte, con algunas vacantes existentes y otras por ocurrir, se dio en Argentina en 2006, pero esa vez el *court-packing* ya se había producido y no estaba en riesgo, y la reducción fue más una señal para apaciguar reclamos

Ello podría suceder igualmente cuando estén por producirse vacantes que deban ser provistas por una nueva mayoría parlamentaria ya conocida pero aún no posesionada, de modo que al vencer los periodos de los jueces respectivos no habría nuevas designaciones. La hipótesis principal considerada por los autores antes citados bajo la categoría de la reducción cuantitativa se refiere a la reducción del número de miembros de un tribunal y la separación por diversas razones de todos o algunos de los preexistentes, lo cual puede ciertamente dar lugar a controlar dicho órgano, es decir, a lograr una mayoría aliada a un sector político, en el sentido ya expresado, pero habría que adicionar los casos ahora mencionados, en los que se pretende conservar una mayoría ya lograda.

En relación con el segundo, habría que añadir, a mi juicio, que la irregularidad de la cooptación (*court-packing)* atiende no solo a la infracción de normas sobre el procedimiento, requisitos y otros componentes de la selección y designación, sino, sobre todo, a la vulneración constitucional derivada del abuso o desviación de poder asociado a cooptar políticamente el tribunal con jueces sumisos o de uno u otro modo puestos al servicio de las fuerzas mayoritarias. El desconocimiento de aquellas normas puede secundar y hacer visible el propósito desviado subyacente, pero una elección o un nombramiento efectuados de acuerdo con el procedimiento establecido y en los tiempos previstos por el ordenamiento pueden ser calificados todavía de irregulares a causa de la finalidad ilegítima mencionada. La importancia de apreciar el "propósito político" en materia de *court-packing* ha sido subrayada convincentemente por García Helgado y Sánchez Urribarri, aunque en el presente estudio se introducen algunos matices en la conceptualización.

La postura que aquí se sostiene de valorar el abuso o desviación de poder como nota distintiva de la cooptación judicial, dado su impacto negativo sobre la independencia judicial, está en consonancia con la evaluación jurídica por parte de instancias inter (supra) nacionales de medidas adoptadas por legislativos o ejecutivos nacionales respecto del poder judicial, que han menoscabado su independencia, como sucedió con las leyes de Hungría y Polonia destinadas a reducir la edad de retiro de los jueces o con las designaciones indebidas llevadas a cabo para cooptar los tribunales constitucionales

o temores de la oposición: Castagnola, Andrea, *Manipulating courts in new democracies. Forcing judges off the bench in Argentina*, London/New York, Routledge, 2018, 56-57; véase también La Asociación de Magistrados de Entre Ríos respaldó el proyecto para reducir los miembros de la Corte Suprema. En *Análisis digital*, La Asociación de Magistrados de Entre Ríos respaldó el proyecto para reducir los miembros de la Corte Suprema | Análisis (consultado el 14 de noviembre de 2025).

o la judicatura en general[19]. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conferido relevancia al abuso o desviación de poder al reconocer violaciones a la independencia judicial, con motivo de destituciones acordadas con fines de una ulterior ocupación política[20]. Órganos especializados de las Naciones Unidas se han referido también a los abusos ligados a la cooptación judicial y han subrayado que "Esta apropiación supone un riesgo especialmente grave para los valores democráticos cuando se produce en los tribunales supremos y constitucionales, que a menudo desempeñan el papel más importante en lo que se refiere a la contención del poder del Estado, el examen de legalidad y constitucionalidad de los actos de la administración y la resolución de litigios electorales"[21].

Conviene, sin embargo, acotar que varias aproximaciones doctrinales a la cooptación judicial asumen una conceptualización más extensa[22], en la que no siempre el fin político perseguido llega al punto de cercenar o desconocer la independencia judicial. Bajo aquella categoría se examinan a menudo situaciones en las que la mayoría política intenta designar jueces ideológicamente afines en una alta corte, sin que ello signifique que estos pasen a ser jueces sumisos, incondicionales o comprometidos de manera militante. En estos casos estamos también ante un *court-packing*, en sentido amplio o atenuado.

En cuanto al tercer elemento, relativo al carácter deliberado o dirigido de la ocupación judicial, la observación anterior se extiende a este, pues aun cuando, por ejemplo, se hayan suscitado inesperadamente vacantes en una alta corte, puede producirse en mi criterio una cooptación judicial, si estas son capitalizadas políticamente por quienes controlan el procedimiento de selección, con el propósito y alcance antes apuntado. Igualmente, el hecho de que la ampliación del número de jueces esté vinculada a razones técnicas

19 Martinico, G. y Mier Galera, D. El desafío iliberal a la independencia judicial: la contribución de los tribunales internacionales. En *International Journal of Constitutional* Law, 22: 5, 2024, 1251-1276.

20 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, sentencia del 28 de agosto de 2013. La Corte consideró demostrado que "las resoluciones del Congreso no fueron adoptadas en virtud de la exclusiva valoración de unos datos fácticos concretos y con el fin de dar debido cumplimiento a la legislación vigente, sino que las mismas perseguían un fin completamente distinto y relacionado con una desviación de poder dirigida a obtener el control de la función judicial a través de diferentes procedimientos, en este caso, el cese y los juicios políticos"; párr. 219.

21 Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, *Salvaguardar la independencia de los sistemas judiciales frente a los desafíos contemporáneos a la democracia*, cit., párr. 23.

22 Véase Kosař, D. y Šipulová, K. Comparative court-packing, cit., 83 y ss.

tampoco excluye la cooptación judicial, pues lo decisivo es, como ya se dijo, que se cree o se aproveche la oportunidad de designación para controlar, neutralizar o someter al órgano jurisdiccional.

En lo concerniente al cuarto componente, referido a la diferenciación entre la cooptación de una corte existente y la creación de una nueva, es preciso apuntar que a veces se modifica la denominación, composición o competencias de un órgano jurisdiccional sin que ello signifique que se trate de un nuevo órgano, al menos no a los fines de reconocer la existencia de una cooptación judicial. Así, la designación de magistrados, por la Asamblea Nacional Constituyente en el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, en diciembre de 1999, implicó una cooptación judicial, a pesar de que ese máximo órgano jurisdiccional antes tuviera otra denominación, número de magistrados y de salas con sus respectivas competencias[23]. En el fondo es el mismo tribunal, al menos a estos efectos.

El quinto elemento, atinente al efecto de crear una nueva mayoría o reducir la anterior, requiere una matización adicional, al menos desde el punto de vista que se defiende en este trabajo. Cuando los autores citados afirman que esa alteración de la correlación de tendencias dentro de la corte puede perseguir la finalidad de incorporar jueces "sin vínculos con el régimen anterior" u otros propósitos distintos al control o sometimiento del tribunal, tratan como *court-packing* acciones que no merecen esta calificación. Liberar una corte cooptada no es necesariamente una nueva cooptación, sino puede obedecer genuinamente al objetivo de recuperar la independencia judicial y de designar jueces o magistrados que, dotados de las cualificaciones profesionales exigidas, puedan ejercer con independencia las funciones que se les encomiendan, sin incurrir con ello nuevamente en *court-packing,* es decir, sin seleccionar magistrados subordinados políticamente a la mayoría. Se trataría en todo caso de magistrados comprometidos con el proyecto constitucional, con la democracia, el pluralismo político e ideológico y la alternancia, dispuestos a mostrar, cuando los casos lo demanden, la vertiente contramayoritaria del control de constitucionalidad de las leyes, al tratarse de un tribunal constitucional. En otras palabras, no todo *unpacking* implica un nuevo *court-packing,* como se asume en algunos estudios. Importa aclarar, no obstante, que aun cuando estos conceptos fueran equiparados, en la literatura se admite que en determinadas circunstancias puede ser legítimo acudir a esta medida[24].

23 Casal, J. M. *The Constitutional Chamber and the Erosion of Democracy in Venezuela*, cit., 921 y ss.

24 Kosař, D. y Šipulová, K. Comparative court-packing, cit. 104 y ss.

El análisis doctrinal sobre la cooptación judicial *(court-packing)* entra en otras ramificaciones, referidas a su clasificación y a la consideración de los medios empleados para lograrla[25]. No es objeto de este trabajo profundizar en estos aspectos. Baste con reiterar que se asume como criterio fundamental de reconocimiento la existencia de una actuación que recae sobre la composición del órgano y que conduce a ocupar políticamente un tribunal constitucional u otra alta corte, de manera que esta quede condicionada en su desempeño jurisdiccional a la mayoría que ostenta el poder político. Es esto lo que determina la apropiación del tribunal: la pérdida de su aptitud para resolver autónoma e imparcialmente las controversias que se sometan a su conocimiento, al estar una parte o la totalidad de sus miembros alineados con ese sector político y dispuestos, *a priori,* por convicción, compromiso o intereses, a respaldar las medidas que adopte o promueva. La irregularidad de los procedimientos que conduzcan a la creación de la oportunidad para instaurar una nueva mayoría, mantenerla o incrementarla es un signo relevante sobre la existencia de la cooptación judicial, pero no es suficiente ni indispensable.

2. ¿CÓMO REVERTIR LA COOPTACIÓN JUDICIAL EN LOS CONTEXTOS CONSIDERADOS?

2.1. La restauración del constitucionalismo como objetivo

En los contextos que principalmente se tienen en cuenta en el presente análisis, la cooptación de tribunales constitucionales o altas cortes no es un hecho aislado o solitario, sino una de las cabezas de la hidra populista-autoritaria. Tampoco lo es en los supuestos de declive democrático. Para enfrentar estos regímenes y recuperar la democracia no basta con revertir esa cooptación, si es que fuera posible hacerlo aisladamente, pues ha de tenerse una aproximación holística, que permita apreciar el conjunto, así como las interrelaciones e interdependencias y reforzamientos entre sus partes.

Ante estas realidades, con su diversidad, se ha discutido la categoría de un constitucionalismo restaurativo o se ha enfatizado la finalidad de restaurar el constitucionalismo[26]. Pensar en la reconstitucionalización en las

25 Kosař, D. y Šipulová, K. Comparative court-packing, cit., 88 y ss.; García Helgado, B. y Sánchez Urribarri, R. Court-packing and democratic decay: A necessary relationship?, cit., 356 y ss.

26 Arato, A. y Sajó, A. *Restoring Constitutionalism*, cit.; Dixon, R. y Landau, D. Toward Restorative Constitutionalism? En *Verfassungsblog*, 10 de diciembre de 2021, Toward

circunstancias esbozadas implica un desafío singular, pues no se opera en una *tabula rasa*, sino en un ambiente institucional degradado y en el que el avance del socavamiento de la democracia ha llevado consigo la implantación de amarres autoritarios que obstaculizarán cualquier intento democratizador.

Ello ha quedado demostrado recientemente en Polonia, pues pese a todos los esfuerzos del nuevo gobierno no han podido llegar a feliz término proyectos fundamentales para reformar el sistema de justicia en línea con el Estado de derecho. La preocupación ha surgido también en Hungría, ante el abuso de las facultades de enmienda constitucional para impulsar aceleradamente la ocupación de instancias de control, incluyendo al Tribunal Constitucional y demás órganos de la administración de justicia, utilizando la mayoría calificada de escaños obtenida en el parlamento, con leyes cardinales que requieren igualmente tal mayoría. Ese parlamento ha aprobado también normas electorales favorables a las fuerzas gubernamentales. Ha llegado a ponerse en duda que en este país sea factible que se cumpla la hipótesis de una victoria electoral de la oposición, aun cuando el actual gobierno pierda el apoyo mayoritario del electorado[27]. La situación venezolana lleva al extremo la ejemplificación de estos fenómenos; baste con señalar que durante la desbalanceada campaña electoral para las elecciones presidenciales de 2024 una reflexión recurrente era la de advertir que, quien fuera elegido para la Presidencia de la República desde las filas de la oposición y fuera reconocido por el organismo electoral como ganador, tendría que gobernar con toda la institucionalidad del Estado en contra, aunque el problema de fondo era que ya no era posible que eso sucediera.

Entonces, si se requiere una fuerza superior a la del funcionamiento ordinario del sistema político para obtener la democratización, ¿se justifica acudir a medidas excepcionales para la restauración del constitucionalismo, similares a las empleadas para quebrar la democracia? Al respecto se han planteado posturas divergentes, que pudieran agruparse en tres categorías: algunas se basan principalmente en medidas ilegales y normativamente exorbitantes de restauración del constitucionalismo, a modo de respuesta equivalente a las acciones abusivas de quienes se entronizaron en el poder. Otras apuestan a que se eviten tanto como sea posible rupturas normativas de corte revolucionario con el orden positivo (abusivamente) establecido, pero admiten modulaciones o apartamientos que encuentren asidero en otros principios

Restorative Constitutionalism? (consultado el 7 de noviembre de 2025).

27 Scheppele, K. Asymmetric Rupture: Stabilizing Democratic Transitions 2.0 with Transnational Law. En Bobek, M. y otros, *Transition 2.0*, cit., 260.

del sistema[28]. Se ha propuesto también distinguir entre el cumplimiento de la legalidad en su sentido más nacional o de detalles regulativos (*writ small*) y el referido al derecho en perspectiva más global, que considere las fuentes supranacionales y nacionales (*writ large*)[29]. Se enfatiza la necesidad de respetar la legalidad o el Estado de derecho, incluso cuando sea preciso tomar medidas para recuperarlo frente a un marco normativo antidemocrático en vigor, aunque se aceptan modulaciones o excepciones según los contextos.

Muestra de las oscilaciones de estas posturas se encuentra en el debate sobre la restauración constitucional en Hungría que se suscitó ante un eventual triunfo electoral de la oposición en las elecciones de 2022. Dada la virtual imposibilidad de que la oposición democrática pudiera obtener, ganando las elecciones parlamentarias, la mayoría de los dos tercios de los escaños requerida para reformar la Constitución y las leyes cardinales, se ha sostenido que el parlamento podría, con la mayoría simple de votos conseguida, aprobar en el primer día de su funcionamiento una ley de anulación o nulidad que dejara sin efecto las enmiendas constitucionales y otras disposiciones y medidas abusiva y unilateralmente adoptadas por el parlamento, sobre todo en 2011, incluyendo designaciones en el Tribunal Constitucional, al producirse entonces lo que se ha calificado como un golpe encubierto para desmantelar la democracia y establecer un régimen autoritario, ante lo cual se justificaría la resistencia; esta desobediencia no supondría vulnerar el Estado de derecho, sino cumplir un deber en el marco de la Constitución[30].

Luego se ha matizado que se seguiría la ruta del cambio constitucional, aun cuando solo se contara con simple mayoría, pero con ratificación popular de la Constitución mediante referendo (al margen del procedimiento constitucionalmente establecido). Otros han afirmado que la ley de nulificación no podría ser dictada de inmediato, al instalarse el nuevo parlamento, porque se precisaría de un respaldo popular visible y abrumador que exigiría dar primero otros pasos y han rechazado la admisibilidad de modificaciones constitucionales por simple mayoría parlamentaria, ya que se incurriría en la misma unilateralidad que se endilga a las fuerzas hegemónicas con su mayoría calificada sectariamente ejercida. También se ha planteado como

28 Para una síntesis y análisis de distintas posiciones véase Jakab, A. How to Return from a Hybrid Regime into a Constitutional Democracy? Hypothetical Constitutional Scenarios for Hungary and a Few Potential Lessons for Poland. En Bobek, M. y otros, *Transition 2.0*, cit., 159 y ss.

29 Scheppele, K. *Asymmetric Rupture*, cit., 249 y ss.

30 Arato, A. y Sajó, A. So that the Name Hungarian Regain its Dignity. Strategy for the Making of a New Constitution. En *Verfassungsblog*, 2 de julio de 2021, So that the Name Hungarian Regain its Dignity (consultado el 2 de noviembre de 2025).

alternativa, con base en consideraciones referidas a la necesidad de evitar una guerra civil y la violencia, la amplia convocatoria de una asamblea constituyente o el inicio de un proceso de cambio constitucional en el parlamento, eventualmente con disolución y nueva elección del mismo antes de llevar a cabo modificaciones constitucionales, con celebración de elecciones libres y justas, mediante un sistema electoral inclusivo y previa organización de mesas de discusión plurales entre actores políticos y de la sociedad civil, en las que se procuraría acordar las reglas aplicables. El mecanismo del referendo podría apuntalar la propuesta de una asamblea constituyente, la cual a su vez sometería el texto sancionado a consulta popular[31]. Esto permite apreciar la complejidad del debate sobre la restauración del constitucionalismo y las dificultades para la implementación de las respectivas propuestas en tales contextos.

2.2. Revertir la cooptación judicial

Para restaurar el constitucionalismo y la democracia es indispensable asegurar la independencia judicial y esta se encuentra entre la primera de las víctimas de los actuales populismos. La pregunta acerca de cómo revertir la cooptación judicial ha de ser contextualizada, como la cooptación judicial misma.

En un primer escalón de deterioro o desmantelamiento democrático acompañado de *court-packing* figuran las situaciones de declive democrático, categoría que ha sido aplicada a la situación de los Estados Unidos, también en conexión con el debate sobre *court-packing* en la Suprema Corte y la necesidad de revertirlo[32]. Luego siguen regímenes como el de Polonia, con su peligrosa hibridez fruto de importantes pasos iliberales y antidemocráticos, con Hungría aventajándola un poco en esta dirección, para algunos ubicada ya en el terreno autoritario, y más arriba están procesos de autoritarismo hegemónico como el venezolano, y otros de mayor severidad. En América Latina es patente, como escenario de degeneración autoritaria en desarrollo, el caso de El Salvador y la captura de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, solo para mencionar una de las experiencias recientes[33].

31 Arato, A. y Sajó, A. So that the Name Hungarian Regain its Dignity. Strategy for the Making of a New Constitution, cit.

32 Daly, T. "Good" Court-Packing? The Paradoxes of Constitutional Repair in Contexts of Democratic Decay, cit.

33 Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *La CIDH condena la destitución de magistradas y magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Suprema Corte de Justicia, sin respeto a las debidas garantías e insta a El Salvador a preservar al Estado*

Todo esto dicho *grosso modo* y a título ejemplificativo, para poner de relieve la diversidad de contextos de episodios de cooptación judicial.

La respuesta ante las ocupaciones de altas cortes ocurridas en esos países debe considerar la forma en que se produjo la cooptación, su alcance y el conjunto de medidas de quebrantamiento o abierta vulneración de la independencia judicial que hayan sido adoptadas. Ha de prestarse atención a los rasgos del sistema del que la cooptación forma parte. En los contextos en que se focaliza el presente análisis, como el venezolano, las progresivas cooptaciones judiciales no son episodios aislados o todavía desarticulados que justifican emitir señales de alarma ante los peligros que enfrenta la democracia, sino que se inscriben en un régimen autoritario arraigado, en el que la jurisdicción constitucional ha ejercido un protagonismo judicial antidemocrático[34]. Ello en un marco de violaciones sistemáticas de derechos humanos, de procesos electorales no transparentes ni confiables y de graves denuncias sobre la comisión de crímenes de lesa humanidad, con investigaciones en curso en el ámbito internacional.

En esta y en circunstancias semejantes se ha rebasado un umbral a partir del cual las respuestas deben ser sistémicas y su licitud ha de evaluarse ponderando la necesidad de una transformación profunda y un distanciamiento categórico con las prácticas y las adulteraciones institucionales que condujeron al naufragio de la democracia constitucional. Esto nos sitúa en la compleja temática de las transiciones a la democracia y la justicia transicional y, de nuevo, el tipo de transición que ocurra tendrá influencia en la configuración del ritmo y radicalidad de las medidas de restauración del constitucionalismo.

Volviendo a la pregunta inicial, y sin perder de vista la imprescindible perspectiva holística, el propósito de revertir la cooptación judicial de un tribunal constitucional, dentro de las coordenadas de deterioro o desmantelamiento democrático antes trazadas, implica liberar a este órgano jurisdiccional de los anclajes que lo subyugaron políticamente (*unpacking*), a fin de que pueda recuperar su independencia y cumplir cabalmente su tarea de garantía jurisdiccional de la Constitución. Hacerlo implica acudir a medidas que hagan posible el reemplazo de magistrados que ocupan los respectivos cargos en el tribunal constitucional o que diluyan la mayoría que lo domina.

de derecho, 3 de mayo de 2021, https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/110.asp (consultado el 9 de noviembre de 2025).

34 Brewer-Carías, A. *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, EJV, 2007; Casal, J. M. The Constitutional Chamber and the Erosion of Democracy in Venezuela, cit., 929 y ss.

Es preciso definir criterios para determinar la dirección que ha de seguirse con miras a la reinstitucionalización democrática y a estos fines resultan fundamentales los estándares internacionales aplicables. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de ocuparse principalmente de las condiciones que deben observarse en la fase de ingreso a la función judicial y a las garantías que deben salvaguardarse ante medidas de remoción o destitución infligidas contra jueces, con base en una doctrina sobre la independencia judicial que tiene importancia en relación con el tema ahora objeto de análisis. En el ámbito europeo, la Comisión de Venecia del Consejo de Europa para la Democracia a través del Derecho ha examinado esos asuntos, pero, adicionalmente, ha tenido ocasión de evaluar procesos ambiciosos de reestructuración judicial comprendidos por transiciones a la democracia, o situaciones semejantes, los cuales suscitan problemas específicos próximos a los propios de este trabajo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han dictado abundante y relevante jurisprudencia sobre la independencia judicial[35].

Particularmente, la Comisión de Venecia ha sido requerida en las últimas décadas para revisar instrumentos normativos ligados a diversas realidades europeas, en las que se ha planteado la necesidad de recuperar la democracia viniendo de regímenes totalitarios o autoritarios, como también ha prestado atención a casos ubicados en otros escalones de deterioro o desmantelamiento democrático. En cumplimiento de su amplio mandato le ha correspondido pronunciarse sobre reformas judiciales llevadas a cabo en Europa Central y del Esta tras la caída del comunismo, como también sobre intentos más recientes de depuración frente a la corrupción, y ha seguido de cerca la deriva populista-autoritaria de Polonia y Hungría en los últimos lustros[36]. Por eso se tendrán especialmente en cuenta algunas de las respectivas opiniones o informes.

35 Véase Open Society Justice Initiative, *International and Regional Standards on Judicial Independence*, New York, Open Society Foundations, 2024.

36 Grabenwarter, C. The Venice Commission: Its Nature, Functioning, and Significance in the Multi-Level Cooperation of Constitutional Courts. En Bogdandy, A. y otros, *The Max Planck Handbooks in European Public Law*, vol. IV: *Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2023, 527-546.

3. ALGUNOS ESTÁNDARES Y ORIENTACIONES PARA DESHACER LA COOPTACIÓN

3.1. Restablecer el Estado de derecho sin quebrantarlo

Revertir o suprimir la cooptación judicial llevada a cabo en contextos de deterioro o desmantelamiento democrático comporta desafíos específicos, por las razones antes bosquejadas. Particularmente, recuperar el Estado de derecho después de experiencias prolongadas de socavamiento del constitucionalismo y de edificación de estructuras de poder que responden a otros fundamentos es una tarea titánica y de enorme complejidad. Pero es una labor que hay que emprender tan pronto como se presente o se construya la oportunidad para hacerlo.

La vía que pudiera parecer más simple para deshacer la cooptación judicial es emplear los mismos medios y modos por los cuales fue impuesta. El actual debate en Hungría ilustra estas posiciones: ¿cómo considerarse obligado a respetar regulaciones y designaciones abusiva o arbitrariamente aprobadas, cuando son estas precisamente las que impiden la democratización? Se ha apuntado que el constitucionalismo restaurativo pudiera seguir esta ruta de respuestas equivalentes[37]. La telaraña de normas arbitrarias, decisiones judiciales infundadas, y órganos cooptados dispuestos a defender el orden iliberal puede obstaculizar hasta tal punto el avance de los esfuerzos del constitucionalismo que haga imposible recuperarlo sustancialmente. Un problema práctico que subyace a esa tesis es si las fuerzas democráticas han alcanzado la capacidad de maniobra institucional que permita adoptar medidas similares a las que desmontaron la democracia constitucional. Pero aun en el supuesto de que así fuera, seguiría abierta la cuestión de si esta es la vía correcta en atención no solo a la legalidad de la actuación restaurativa, sino a sus efectos, a su impacto eventualmente negativo sobre el proceso democratizador que se quiere impulsar.

Como principio, la Comisión de Venecia ha sostenido enfáticamente que "cualquier medida adoptada con miras a restaurar el Estado de derecho tiene que cumplir los requerimientos generales del Estado de derecho"[38], con lo cual coloca como regla esta exigencia de apegarse al Estado de derecho aun en situaciones en que pareciera más conveniente o imperativo eclipsarlo hasta que sea factible ponerlo en pie. Sin embargo, cuando ha examinado contextos

37 Dixon, R. y Landau, D. Toward Restorative Constitutionalism?, cit.

38 CDL-AD(2024)035. *The draft constitutional amendments concerning the Constitutional Tribunal and two laws on the Constitutional Tribunal (Poland)*, párr. 20.

de desmantelamiento democrático en los que los actores comprometidos con la recuperación de la democracia aducen con fundamento la necesidad de acometer una reforma judicial integral y de llevar a cabo en ese marco prontas sustituciones de jueces o magistrados, con el propósito de instaurar el nuevo sistema democrático de justicia anclado en la independencia, dicha comisión ha matizado la regla de la inamovilidad judicial o, en otras palabras, ha admitido excepciones[39]. También lo ha hecho en relación con reformas judiciales que se inscriben en el propósito de superar regímenes de tendencia autoritaria y casados con una corrupción sistemática.

Un caso que pone de manifiesto esta forma de abordar problemas vinculados a la cooptación judicial es el de Polonia y los proyectos presentados en tiempos recientes por el nuevo gobierno, de orientación democratizadora, para recuperar la independencia judicial y, en particular, la independencia del Tribunal Constitucional. Los antecedentes de este asunto se contraen a la designación en 2015, por un nuevo parlamento de mayoría conservadora, de cinco jueces en el Tribunal Constitucional, como respuesta desmedida a la designación por el parlamento de mayoría saliente de cinco jueces en esta misma instancia, cuando solo correspondía a esta última designar a tres. Los cinco jueces designados por la nueva mayoría se incorporaron efectivamente al Tribunal Constitucional y tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea terminaron censurando la grave irregularidad de la designación de tres de estos cinco jueces, que el propio Tribunal Constitucional polaco había declarado inconstitucional.

Esos tribunales internacionales estimaron que el funcionamiento del Tribunal Constitucional con esa integración vulneraba el derecho a un tribunal establecido por la ley (art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), con probables consecuencias sobre la validez de las decisiones judiciales adoptadas, y consideraron ilícita la incorporación de esos tres jueces al cuerpo judicial, por lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó, entre otras cosas, que Polonia debía asegurar la composición legal de ese órgano jurisdiccional, lo cual no ha ocurrido. El Tribunal Constitucional, tras forcejeos iniciales, cayó bajo el control político de la nueva mayoría y ha contribuido al socavamiento del orden constitucional y democrático y de la independencia judicial, como se desprende de decisiones de los tribunales inter(supra)nacionales mencionados[40]. Los otros miembros de este Tribunal fueron designados unilateralmente por la mayoría progubernamental.

39 CDL-AD(2020)033, *Three legal questions concerning the mandate of members of constitutional bodies (Moldova)*, párrs. 19 y ss.

40 Comisión de Venecia, CDL-AD(2024)035, cit.

Reflejando, pues, las peculiaridades concurrentes, la Comisión de Venecia sostuvo que

> Restaurar el Estado de derecho implica rechazar la raíz de su retroceso: la idea de que el ganador se lo lleva todo, que la mayoría puede gobernar sin tener en cuenta los derechos y las aspiraciones legítimas de la minoría. En este contexto podría ser preciso un cierto equilibrio entre diferentes elementos —a veces aparentemente en conflicto— del Estado de derecho[41].

Se refiere al conflicto o tensión entre, por un lado, la obligación de dar cumplimiento a sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las aspiraciones manifestadas por el nuevo gobierno, con apoyo parlamentario, de restaurar el orden constitucional y el Estado de derecho, así como de recuperar al Tribunal Constitucional como guardián de la Constitución, y, por el otro lado, las exigencias del Estado de derecho concernientes a la estabilidad de los jueces del Tribunal Constitucional elegidos por la mayoría respectiva con arreglo a formas legales, es decir, de respetar el periodo para el cual fueron designados. Se acepta que algunas medidas extraordinarias pueden ser requeridas, pero se administra con cautela esta posibilidad.

Lo interesante es que las excepciones reconocidas no salen de la órbita del Estado democrático de derecho, sino se mantienen dentro de él, pero con matizaciones o salvedades, al final adaptaciones, respecto de la regla general. Ello porque las opiniones de la Comisión de Venecia apuntan no en la dirección de admitir sin más la completa sustitución inmediata de todos los integrantes del Tribunal Constitucional, para restablecer un Estado de derecho, sino de considerar posible, en determinadas circunstancias, la construcción de alternativas a la simple permanencia de todos los jueces de dicho órgano hasta el vencimiento de su periodo o hasta que alcancen la edad de retiro.

La aprobación de una enmienda o reforma constitucional que respalde estas alternativas es un elemento que ha tenido relevancia en opiniones de la Comisión, así como el desarrollo de procesos amplios de consulta y deliberación, con oportunidades para la participación de las distintas fuerzas políticas al diseñar las propuestas normativas de restablecimiento de la independencia judicial[42]. La proporcionalidad de la respuesta es igualmente examinada. También la garantía del debido proceso y del derecho al recurso judicial frente a las medidas adoptadas, preferiblemente concebidas como individualizadas y no impuestas en forma general y *ex lege*. Todavía esto

41 CDL-AD(2024)035, cit., párr. 20.

42 CDL-AD(2020)033, cit., párr. 10.

último, la exclusión de una solución vía aplicación inmediata de un acto legislativo, podría ser matizado si se trata de la concreta ejecución de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la referida a los tres jueces designados irregularmente y al requerimiento de recuperar la composición legal del Tribunal Constitucional[43], lo cual es extensivo a la observancia de decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En el caso concreto comentado la Comisión estimó no procedente desconocer el periodo de los jueces del Tribunal Constitucional designados según los procedimientos vigentes, pero estableció que debían introducirse previsiones a fin de separar de inmediato de las funciones jurisdiccionales a los tres jueces del Tribunal Constitucional irregularmente designados. Además, dejó a salvo como planteamiento general la posibilidad, que ha considerado válida en otras circunstancias[44], de optar por soluciones más incisivas, según los casos, bajo los parámetros aplicables:

> La Comisión de Venecia ha aceptado que, en caso de reformas que introduzcan una mejora significativa del sistema en su conjunto, el mandato de los titulares en ejercicio podría ser terminado prematuramente, con el fin de no paralizar los necesarios esfuerzos de reforma[45].

Pero ante la virtual imposibilidad de que la mayoría no calificada que respalda al nuevo gobierno pudiera aprobar enmiendas constitucionales que esclarecieran el asunto y apuntalaran una medida diferente, perdía fuerza, a juicio de la Comisión, el argumento de una urgente renovación. Con ello aceptó que la adopción de una enmienda constitucional al respecto hubiera podido dar lugar a una valoración distinta.

La opinión de la Comisión de Venecia ha recibido algunas críticas, según las cuales ella misma habría sido cegada por la legalidad autoritaria que debe desmontarse[46]. Pero no interesa entrar ahora en esta discusión, sino destacar la orientación general de esta Comisión y los estándares fijados. Sí conviene preguntarse si la respuesta debería ser la misma en los supuestos en que no se trate de un deterioro o socavamiento de la democracia como el

43 CDL-AD(2024)035, cit., párr. 70.

44 CDL-AD(2020)033, cit.; CDL-AD(2020)016, *On three legal questions in the context of draft constitutional amendments concerning the mandate of the judges of the Constitutional Court (Armenia)*, párrs. 17 y ss.

45 CDL-AD(2024)035, cit., párr. 32.

46 Scheppele, K. Blinded by Legality. The Venice Commission's Change of Heart on Restoring the Rule of Law in Poland. En *Verfassungsblog*, 23 de diciembre de 2024, https://verfassungsblog.de/blinded-by-legality/ (consultado el 20 de octubre de 2025).

vivido en Polonia, con un marco (institucional-económico) europeo todavía con capacidad de contener con cierta efectividad mayores excesos, sino de una franca dominación autoritaria al estilo venezolano, rebelde a cualquier moderación jurídico-internacional.

Pareciera que no. Es decir, la modulación que la Comisión estima lícita según la finalidad y antecedentes de las reformas judiciales es sensible a estas diferencias político-institucionales. La propia Comisión de Venecia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han ocupado de situaciones postotalitarias en las que ha debido acudirse a leyes de lustración con impacto sobre la estabilidad de funcionarios judiciales, y que bajo determinadas condiciones han sido respaldadas, sin perjuicio de las controversias suscitadas En todo caso, sin llegar a tales extremos, asociados a realidades de ese calado, la valoración de respuestas a cooptaciones judiciales efectuadas en regímenes autoritarios debe tener en cuenta ese contexto, que las opiniones de la Comisión suelen apreciar[47]. Aquí se estaría en el campo conceptual de las transiciones a la democracia y de la justicia transicional. En los escalones de mayor gravedad en la implantación autoritaria se abre más el abanico de las respuestas admisibles.

Al hacer salvedades sobre circunstancias particulares que justificarían importantes adaptaciones, la Comisión se ha referido también a "situaciones muy excepcionales, como la discontinuidad constitucional"[48], sin dar mayores explicaciones sobre las circunstancias respectivas. Esta formulación podría referirse a los casos más extremos de revoluciones o golpes de estado con completa caída del andamiaje institucional anterior. El trasfondo histórico de tal alusión a la discontinuidad constitucional son las experiencias postotalitarias de Europa Central y del Este y los procesos de lustración-descomunización. La continuidad o discontinuidad constitucional explica también la manera de asumir la relación con el pasado, que no es algo dado solo por los hechos, y los tribunales constitucionales pueden contribuir a darle uno u otro perfil[49]. Por otra parte, la discontinuidad constitucional, en un sentido sustancial, podría suscitarse aun en supuestos de pervivencia formal de la

47 CDL-AD(2015)012, *On the Law on Government Cleansing-Lustration Law (Ukraine)*, párrs. 16 y ss.

48 CDL-AD(2015)027, *On the proposed amendments to the Constitution of Ukraine regarding the judiciary as approved by the constitutional commission on 4 September 2015 (Ukraine)*, párr. 37.

49 Sadurski, W. *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe,* Heidelberg, Springer, 2014, 377 y ss.

Constitución anterior, cuando pese a ello se produce un cambio abrupto y esencial de sistema[50].

La discontinuidad constitucional se relaciona también con la contextualización y modulación de las respuestas válidas a la que se hizo mención, ya que cuando un sistema democrático y de Estado de derecho está en riesgo de degenerar en dirección autoritaria pero se mantiene aún, a nivel de las definiciones constitucionales y gracias a las corrientes de constitucionalismo todavía en vigor, como un Estado de derecho, tiene que actuar como tal, incluso en circunstancias en que determinadas fuerzas han dado pasos para desmantelarlo.

Mientras que el asunto se plantea de otro modo cuando el empeño democratizador es posterior a una ruptura o quiebre de un régimen dictatorial o autoritario. Aquí las exigencias del Estado de derecho no desaparecen, pero se presentan de otra manera. Quienes estuvieran implicados en graves violaciones a derechos humanos o crímenes de lesa humanidad y, más aún, en el levantamiento de la estructura de poder diseñada para suprimir los controles del constitucionalismo, no deben conservar las posiciones judiciales desde las cuales desplegaron la agenda autoritaria. El propio Estado de derecho que se pretende restaurar lo exige, y al mismo tiempo impone una forma de proceder. La dimensión institucional u objetiva de la independencia judicial, a la que se han referido la jurisprudencia interamericana y la europea, es una de las razones por las cuales ha de actuarse con firmeza y cautela a la vez frente a estas realidades.

Veamos algunas fórmulas que pueden ser compatibles con estándares internacionales y resultarían aplicadas para revertir la cooptación de tribunales constitucionales.

3.2. Fórmulas para la reversión de la cooptación judicial

Teniendo en cuenta propuestas o planes de reforma judicial sometidos a la opinión de la Comisión de Venecia, es posible identificar medidas destinadas a superar la cooptación judicial que, bajo ciertas condiciones, serían compatibles con el Estado de derecho. Estas se corresponden con experiencias comparadas relevantes. No se pretende aludir a todas las soluciones aplicadas o imaginables, ni se mencionarán formas de contrarrestar la cooptación judicial que suponen su continuación. Tampoco se quiere indagar a fondo

50 Como sucedió en Venezuela en el tránsito del régimen autoritario del general Marcos Pérez Jiménez a la democracia, a partir del 23 de enero de 1958, bajo el hilo ficticio de la Constitución de la dictadura de 1953.

sobre cada una de las que se mencionarán, sino tan solo bosquejarlas desde la perspectiva de este trabajo, evaluando su admisibilidad y destacando pros y contras. Conviene observar que algunas de estas opciones pueden concurrir o combinarse.

3.2.1. La terminación anticipada del periodo de los jueces

Si las circunstancias y la correlación de fuerzas lo permiten, la cooptación judicial puede ser arrostrada mediante enmiendas o reformas constitucionales y reformas legales estructurales del poder judicial y del tribunal constitucional. Podría contemplarse la terminación anticipada del periodo de los jueces o magistrados del tribunal constitucional, para dar cabida a designaciones realizadas en conformidad con los nuevos procedimientos o en cumplimiento de nuevos requisitos o exigencias de la reorganización. Medidas indirectas como el acortamiento general de la edad para el retiro tendrían que superar un escrutinio exigente, ante los riesgos constatados de desviación de poder. Por otra parte, puede haber arreglos amistosos o incentivos que conduzcan a retiros voluntarios.

La terminación anticipada del periodo tendría que ser una pieza en un conjunto de medidas dirigidas a mejorar el funcionamiento de la justicia en el marco del empeño democratizador, generando una confiabilidad perdida, tras un tiempo prolongado de protagonismo o colaboración autoritarios de la jurisdicción constitucional. Una decisión de este tipo solo se justificaría en situaciones de cierta gravedad o de la antes comentada discontinuidad constitucional. Al considerar adoptarla, si es que no viene ya determinada por los hechos, habría que ponderar, por un lado, la exigencia de impulsar la democratización y de no dejar en alguna medida en manos de quienes hayan contribuido decisivamente a desmantelar el Estado de derecho la posibilidad de bloquear el esfuerzo restaurador o de ralentizarlo según sus posiciones o intereses. Por otro lado, habría de sopesarse el impacto negativo que una sustitución completa podría tener desde la óptica de la dimensión institucional de la independencia judicial. En esta ponderación, en ocasiones se recomiendan periodos de transición para los íntegros reemplazos, por razones ligadas también a la continuidad del servicio.

La Comisión de Venecia ha afirmado reiteradamente que debe evitarse transmitir el mensaje de que al llegar al poder una nueva mayoría política se procede simplemente a reemplazar a los jueces de las altas cortes; ello puede generar daños a futuro y dejar un piso frágil para quienes ocupen esos destinos judiciales, ya que, más allá de las formulaciones jurídicas sobre la inamovilidad durante el periodo correspondiente, se dejaría el precedente

de que, si se cuenta con la mayoría requerida, se puede echar por tierra tales prescripciones[51]. No obstante, esta última salvedad, como ya se dijo, hay que matizarla en las circunstancias en que no se trata de un simple cambio de mayoría política dentro de la democracia, sino de una transición a la democracia, lo cual ha sido en parte extendido a casos de corrupción sistemática en la administración y en el poder judicial[52].

La doctrina se ha referido además al riesgo de favorecer un ciclo continuado de cooptaciones judiciales, al sentirse la mayoría desplazada tentada o provocada a repetir la ocupación, cuando la oscilación política lo permita[53]. No obstante, habría que cuidar que el *unpacking* no sea un nuevo *court-packing*, sino una liberación del tribunal, como ya se dijo, y rodear al proceso de las garantías de confiabilidad.

Cabría distinguir entre una terminación anticipada total o parcial de integrantes del tribunal constitucional u órgano equivalente de jurisdicción constitucional, bajo criterios razonables para la diferenciación, en el segundo caso, referidos al procedimiento de selección aplicado a cada juez y al tiempo en que se realizó, al cumplimiento de las cualificaciones profesionales mínimas, al desempeño u otros similares. En cualquier caso, la viabilidad de esta opción suele estar condicionada a la existencia de amplios procesos de consulta, con deliberación plural y participación en el diseño de la solución normativa que se acoja. Un referendo popular, que a veces es requerido para la propia modificación constitucional, puede dar más soporte social a las reformas, aunque ha de serse cauteloso con el manejo político-electoral del asunto.

3.2.2. La declaratoria de la nulidad absoluta o inexistencia de las designaciones correspondientes

Como vimos, se trata de una vía utilizada en Polonia y propuesta en Hungría; también se ha seguido en Venezuela. Pero en los tres casos se ha hecho o se ha planteado cuando seguían en el poder los actores responsables del deterioro o desmantelamiento democrático. En Polonia no fue posible hacer cumplir la respectiva decisión del Tribunal Constitucional, como tampoco

51 CDL-AD(2024)035, cit., párr. 35.

52 CDL-AD(2015)012, cit.

53 Kosař, D. y Šipulová, K, Court-Unpacking: A Preliminary Inquiry. En Bobek, M. y otros, *Transition 2.0*, cit., 334.

fue factible hacerlo en Venezuela, en lo que concierne a la determinación de la Asamblea Nacional[54].

No obstante, no debe por eso descartarse como posible reacción restauradora. Órganos de Naciones Unidas se han referido a esta alternativa[55]. Tendría que tratarse de supuestos extremos de vulneración constitucional, como la prescindencia total del procedimiento de designación, la ausencia de la vacante o su generación fraudulenta, mediante violencia o graves amenazas, u otros casos semejantes. Han de examinarse también aspectos relativos a la competencia para la declaratoria de la nulidad y al procedimiento correspondiente, frente a lo cual los estándares internacionales apuntarían en la dirección de garantizar el debido proceso y el derecho a un recurso judicial, si la instancia que adopta la medida no tiene ese carácter. Nuevamente, al evaluar esta opción han de sopesarse las razones antes apuntadas. No debe actuarse de tal modo que se estime que se están burlando las causales y procedimientos para una remoción de corte disciplinario.

La balanza se inclina hacia medidas de exclusión inmediata, por esta vía o por la antes analizada, cuando ha habido una sentencia internacional que ordena resolver la situación suscitada por una designación gravemente irregular, tal como lo ejemplifica el caso polaco. Aquí la necesidad de separación ha sido apremiante, ya que la jurisdicción internacional competente declaró que el Tribunal Constitucional no era (no es) un tribunal establecido por la ley en los términos del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

3.2.3. La instauración de procesos de evaluación/investigación de jueces, con posibilidad de separación del cargo

En transiciones postautoritarias, postotalitarias o de postconflicto ha sido frecuente acudir a procedimientos de evaluación/investigación (*vetting*) de quienes ocupan altas posiciones públicas o aspiran ejercerlas. La Comisión de Venecia ha examinado varias propuestas o formulaciones normativas en tal sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido sentencias al respecto y la ONU se ha ocupado del asunto[56].

54 *Asamblea Nacional aprueba dejar sin efecto el nombramiento de los magistrados del TSJ*, https://larazon.net/2016/07/asamblea-nacional-aprueba-dejar-sin-efecto-el-nombramiento-de-los-magistrados-del-tsj/ (consultada el 2 de noviembre de 2025).

55 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *E/CN.4/2005/102/Add.1*, 8 de febrero de 2005, https://docs.un.org/es/E/CN.4/2005/102/Add.1 (consultado el 20 de noviembre de 2025).

56 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido de un conflicto.*

Se trata de procedimientos de verificación de la integridad para el desempeño de determinadas funciones, la cual es evaluada teniendo en cuenta criterios como el respeto a los derechos humanos y la conducta apropiada en materia patrimonial. Su finalidad es lograr o incrementar la confiabilidad en los servidores públicos y en las instituciones, en otras palabras, se busca relegitimarlas, después de periodos de utilización del poder estatal para vulnerar la dignidad humana, impedir el disfrute de las libertades públicas o menoscabar la democracia, o de violencia en el marco de conflictos armados. Desde la mirada de organizaciones internacionales estas evaluaciones se distinguen por su propósito democratizador y, cuando corresponde, pacificador. El poder judicial suele estar entre los sectores sometidos en forma prioritaria a estos procesos. Aunque tales verificaciones pertenecen al ámbito de la justicia transicional no se circunscriben a estos contextos[57]. También se ha acudido a aquellas, por ejemplo, para desmontar estructuras arraigadas de corrupción administrativa y judicial.

Son procedimientos que van más allá de una simple evaluación de desempeño basada en criterios de eficacia u otros sobre calidad de sentencias que puedan emplearse como parte de las vías de ingreso o ascenso en la carrera judicial. Su alcance personal y su intensidad son variables, como también los arreglos institucionales para la revisión de decisiones adoptadas y la supervisión general del proceso. Pero su finalidad está asociada directamente a la recuperación de la confianza en los jueces y en la justicia, a partir del rescate de la independencia judicial en todas sus dimensiones. No sería pertinente entrar en los detalles de las fórmulas adoptadas ni en la discusión sobre la distinción entre estas evaluaciones/investigaciones y las purgas, con las que no deben confundirse, por un lado, y entre aquellas y las lustraciones, con las que pueden solaparse parcialmente, pero sin ser equivalentes, por otro lado[58].

Baste con señalar que una solución ante la cooptación judicial de un tribunal constitucional podría ser la instauración de esta clase de evaluaciones/investigaciones como procedimientos dirigidos bien a excluir o separar del cargo a quienes no superen los estándares fijados, o bien a permitir, dando por terminado el periodo de todos los jueces del órgano, la designación o confirmación de aquellos miembros cesados que lo soliciten y satisfagan los

Procesos de depuración: marco operacional, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/RuleoflawVettingsp.pdf (consultado el 15 de noviembre de 2025).

57 Horne, C. Transitional justice: Vetting and lustration. En Lawther, C. y Moffett, L. *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, Elgar, 2023, 324 y ss.

58 Horne, C. Transitional justice: Vetting and lustration, cit.

requerimientos de esa evaluación, por el resto del periodo para el que fueron originalmente seleccionados o para uno nuevo[59].

Debe crearse alguna instancia especial encargada de llevar a cabo las evaluaciones/investigaciones, una suerte de alta comisión de evaluación judicial-constitucional, con participación de expertos nacionales e internacionales, representantes de organizaciones no gubernamentales, y jueces prestigiosos retirados. Ha de respetarse el debido proceso, observarse el principio de proporcionalidad al tomar decisiones y preverse un recurso judicial que puedan interponer los afectados por las respectivas resoluciones. Dada la extraordinariedad y temporalidad de los procesos de evaluación y de la instancia encargada de realizarla, y estando los propios integrantes del tribunal constitucional sujetos al procedimiento, puede acudirse a la creación de una sala especial dentro del máximo tribunal de la justicia ordinaria para el conocimiento de estos recursos. Es fundamental que la conducción de las evaluaciones esté en manos de instancias de la rama o función jurisdiccional. Sería censurable que el legislador asuma el control del proceso o que dependa del ejecutivo su desarrollo[60].

Sería aconsejable una enmienda o reforma constitucional para dar adecuado basamento normativo a las medidas, cuya licitud sería además examinada ponderando los efectos beneficiosos esperados de recuperación de la independencia judicial y mejor administración de justicia y garantía de derechos humanos. Sería relevante igualmente la consulta, deliberación y construcción colectiva de estas reformas. La enmienda constitucional podría requerir, además, la celebración de un referendo.

El referendo fue un paso cumplido en Ecuador en 2018 en relación con enmiendas constitucionales que perseguían en parte la recuperación democrática, entre las cuales se encontraba la que permitió que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (transitorio) evaluara a los jueces de la Corte Constitucional, que fueron cesados en sus funciones dado el resultado desfavorable de las evaluaciones, por lo que se abrió un proceso de postulación y selección para la designación de los nuevos integrantes, que ha sido valorado positivamente[61].

59 Entre otras propuestas de reforma judicial que incluyen estas evaluaciones véase la del Bloque Constitucional de Venezuela, *Proyecto de Reinstitucionalización del Sistema de Justicia*, Informe 2020, Fundación Alberto Adriani, 18 y ss.

60 CDL-AD(2025)044, *Draft amendments on disciplinary procedures against judges, declarations of integrity, and other procedures (Ukraine).*

61 Valdivieso, P. y Castro, J. ¿Al fin una Corte Constitucional?: Breve revisión del desarrollo de los derechos y el control constitucional en la jurisprudencia reciente (2019-2020). En *Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho* PUCE. 2020, 89-131.

Un camino paralelo a este, que se inscribe en los procedimientos ordinarios de terminación anticipada de la función de un juez, es el de los procesos disciplinarios o de remoción que puedan estar previstos constitucionalmente en relación con jueces de altas cortes. Esto habrá que abordarlo en cada caso según las respectivas regulaciones, al igual que las eventuales investigaciones penales que puedan conducir a la imposición de penas que lleven consigo la destitución. Son temas que no son objeto de consideración especial en este trabajo.

3.2.4. La ampliación del número de jueces del tribunal constitucional

El ejemplo típico de *court-packing* es precisamente el de la ampliación del número de magistrados o jueces en una alta corte para diluir la mayoría imperante y establecer una nueva. Aunque lo que ahora se está considerando es algo distinto; se trataría de crear nuevos cargos y vacantes para liberar al órgano jurisdiccional y ponerlo en manos de una mayoría de jueces al servicio de la independencia judicial. No todo *unpacking* es un nuevo *court-packing*.

No tendría sentido repetir el mismo error que se critica, el cual, si bien seguramente no tendría la misma severidad, pues los jueces aliados a determinados partidos ahora en ascenso estarían probablemente comprometidos con la democratización, sería de todos modos censurable, pues se daría un mensaje institucional negativo, que conspiraría contra la confiabilidad necesaria. Deberían aplicarse con rigor los requerimientos constitucionales y deberían ponderarse especialmente factores ligados a la independencia, probidad y confiablidad. Habría que satisfacer a la vez exigencias de participación y transparencia.

3.2.5. Un nuevo diseño orgánico de la jurisdicción constitucional

Existe la posibilidad de que, en tiempos de transición a la democracia o de reforma institucional, se quiera reconsiderar la organización de la jurisdicción constitucional. En Venezuela ha llegado a asomarse la tesis de suprimir la Sala Constitucional, dada su contribución decisiva al desmantelamiento democrático y con apoyo en algunos cuestionamientos a la instauración de tribunales constitucionales. Pero, en sentido distinto, se ha propuesto igualmente la creación de un tribunal constitucional separado del poder judicial, como órgano superior de jurisdicción constitucional[62].

62 Respecto de este debate Casal, J, M. La jurisdicción constitucional y la transición

En mi opinión una jurisdicción constitucional orgánica (renovada), como instancia superior especializada en asuntos constitucionales, sala o tribunal constitucional, dentro de un sistema mixto de control y garantía de la constitucionalidad, es importante para apuntalar la democratización en Venezuela[63]. Pero al margen de esta discusión, lo que aquí se apunta es que la creación de un tribunal constitucional permitiría prescindir de jueces responsables del protagonismo judicial autoritario en la Sala Constitucional. También en este caso habría que colmar en los procedimientos se selección los estándares de cualificación técnica e integridad que antes se mencionaron, así como los de amplia participación y transparencia.

3.2.6. La participación de actores internacionales y la aplicación del derecho internacional

En todas las opciones comentadas, las organizaciones internacionales competentes en materia de derechos humanos y promoción de la democracia y la paz internacional están llamadas a jugar un papel especial, al igual que organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales. Ya se apuntó que uno de los acicates para impulsar la restauración constitucional lo representan sentencias u otras decisiones de tribunales u otras instancias internacionales que hayan declarado la violación de derechos humanos y hayan dispuesto la adopción de medidas de observancia o satisfacción del derecho y de reparación, incluyendo las garantías de no repetición. El restablecimiento democrático pasa por dar cumplimiento a tales pronunciamientos. La autoridad del derecho internacional y de tales instancias, junto a los compromisos universales y regionales con estos derechos y con la promoción de la democracia, reforzará la legitimidad de los pasos que se den para la reinstitucionalización y, en particular, para revertir la cooptación judicial.

La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por las instancias nacionales puede adicionalmente apuntalar la implementación de las reformas dirigidas a instaurar un poder judicial independiente, gracias al control de convencionalidad y al bloque de la constitucionalidad o de derechos humanos.

Junto con eso, la comunidad internacional puede acompañar la reinstitucionalización o recuperación democrática en situaciones como las antes apuntadas, particularmente en las transiciones postautoritarias, y allí

a la democracia. En *Anuario de Estudios Constitucionales y Parlamentarios*, 2021-2022, 93 y ss.

63 Casal, J. M. La jurisdicción constitucional y la transición a la democracia, cit.

conviene acudir a la experiencia comparada en relación con las misiones de observación para la selección de autoridades judiciales; la participación de expertos internacionales en comisiones de supervisión de los procesos de evaluación/investigación de jueces o en los mismos procedimientos de evaluación, y en otras facetas de las reformas judiciales ligadas a los procesos de nueva designación de jueces o magistrados. Se ha llegado a incorporar a jueces internacionales en los tribunales constitucionales, particularmente en situaciones de posconflicto, lo cual es ya una medida de última *ratio* que demanda cuidadosa ponderación.

4. CONCLUSIÓN

La cooptación judicial está siendo una herramienta clave en los procesos de dominación populista-autoritaria y sus efectos son altamente negativos para la institucionalidad democrática que lucha por sostenerse. Instaurado el régimen autoritario, es un anclaje mucho más difícil de remover. La opción, por algunos secundada, de acudir a mecanismos de constitucionalismo abusivo u otros semejantes a los empleados por los responsables de la cooptación, para revertirla, debe ser vista como un recurso extremo, siendo preferible una ruta guiada por los grandes principios de la democracia constitucional que, sin caer en el dogmatismo de requerir que toda actuación corresponda a las respuestas usuales en una democracia y un Estado de derecho consolidados (*business as usual*), preserve la esencia de los valores y propósitos que empujan la democratización. Esto implica reconocer la importancia de compensar las eventuales modulaciones o adaptaciones de exigencias mediante la especial consideración de las bondades de las reformas propuestas, y del principio de proporcionalidad, de los controles jurisdiccionales y del debido proceso respecto de actos que afecten derechos individuales, con procedimientos de amplia consulta y deliberación pública y plural que deben distinguir los esfuerzos de reforma de la jurisdicción constitucional, incluyendo los destinado a desmontar la cooptación judicial.

Es preciso apreciar el contexto y realizar una valoración sensible a las diferencias al momento de calibrar la respuesta apropiada, pues hay que medir el alcance de la ocupación política que se pretende contrarrestar y han de ponderarse las consecuencias esperables de las medidas que se adopten. No es igual la realidad en regímenes que están claramente más allá de los linderos democráticos a la de aquellos que están aún en sus fronteras o en su periferia. En situaciones postautoritarias, los términos en que se desencadene la transición a la democracia determinan en mucho las soluciones viables

para revertir la cooptación judicial. Las propias exigencias de la justicia transicional repercuten sobre el Estado de derecho.

Se han examinado las principales medidas que podrían tomarse para recuperar la independencia judicial y del tribunal constitucional tras experiencias de cooptación. La aproximación comparativa, en diálogo global entre sistemas y niveles distintos de protección de derechos humanos y de la democracia, resulta esencial para identificar los instrumentos más idóneos.

REFERENCIAS

Arato, A. y Sajó, A. Restoring Constitutionalism. En *Verfassungsblog*, 17 de noviembre de 2021, https://verfassungsblog.de/restoring-constitutionalism/ (consultado el 8 de noviembre de 2025).

Arato, A. y Sajó, A. So that the Name Hungarian Regain its Dignity. Strategy for the Making of a New Constitution. En *Verfassungsblog*, 2 de julio de 2021, So that the Name Hungarian Regain its Dignity (consultado el 2 de noviembre de 2025).

Ayala, C. La independencia de la justicia y los procesos constituyentes en la Región Andina. En *Estudios Constitucionales*, Año 6, 1, 2008, 345-358.

Bloque Constitucional de Venezuela, *Proyecto de Reinstitucionalización del Sistema de Justicia, Informe 2020*, Fundación Alberto Adriani.

Bobek, M. y otros, *Transition 2.0. Re-establishing Constitutional Democracy in EU Member* States, Baden-Baden, Nomos, 2023.

Brewer-Carías, A. *Crónica sobre la "in" justicia constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, EJV, 2007.

Casal, J. M. *The Constitutional Chamber and the Erosion of Democracy in Venezuela*. En *ZaöRV*, 80, 2020, 913-971.

Casal, J, M. La jurisdicción constitucional y la transición a la democracia. En *Anuario de Estudios Constitucionales y Parlamentarios*, 2021-2022, 93-133.

Castagnola, Andrea. *Manipulating courts in new democracies. Forcing judges off the bench in Argentina*, London/New York, Routledge, 2018.

Clark, T. The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy. *En American Journal of Political Science*, vol. 53, n.° 4, 2009, 971-989.

Daly, T. "Good" Court-Packing? The Paradoxes of Constitutional Repair in Contexts of Democratic Decay. En *German Law Journal*. 23, 2022, 1071-1103.

Dixon, R. y Landau, D. Toward Restorative Constitutionalism? En *Verfassungsblog*, 10 de diciembre de 2021, Toward Restorative Constitutionalism? (consultado el 7 de noviembre de 2025).

García Helgado, B. y Sánchez Urribarri, R. Court-packing and democratic decay: A necessary relationship? En *global Constitutionalism*, 12:2, 2023, 350-377.

Grabenwarter, C. The Venice Commission: Its Nature, Functioning, and Significance in the Multi-Level Cooperation of Constitutional Courts. En Bogdandy, A. y otros, *The Max Planck Handbooks in European Public Law*. Volume IV: *Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2023, 527-546.

Häberle, P. La jurisdicción Constitucional institucionalizada en el Estado constitucional. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, 2001, 169-181.

Hirschl, R. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2004.

Horne, C. Transitional justice: Vetting and lustration. En Lawther, C. y Moffett, L. *Research Handbook on Transitional Justice*, Cheltenham, Elgar, 2023, 324-340.

Jakab, A. How to Return from a Hybrid Regime into a Constitutional Democracy? Hypothetical Constitutional Scenarios for Hungary and a Few Potential Lessons for Poland. En Bobek, M. y otros, *Transition 2.0*, cit. 145-225.

Kosař, D. y Šipulová, K. Comparative court-packing. En *International Journal of Constitutional Law*. 21, 2023, 80-126.

Kosař, D. y Šipulová, K. Court-Unpacking: A Preliminary Inquiry. En Bobek, M. y otros, *Transition 2.0*, cit, 323-360.

Martinico, G. y Mier Galera, D. El desafío iliberal a la independencia judicial: la contribución de los tribunales internacionales. En *International Journal of Constitutional Law*, 22: 5, 2024, 1251-1276.

Sadurski, W. *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Heidelberg, Springer, 2014.

Scheppele, K. Autocratic Legalism. En *University of Chicago Law Review*, 85, 2018, 545-584.

Scheppele, K. Blinded by Legality. The Venice Commission's Change of Heart on Restoring the Rule of Law in Poland. En *Verfassungsblog*, 23 de diciembre de 2024, https://verfassungsblog.de/blinded-by-legality/ (Consultado el 20 de octubre de 2025).

Valdivieso, P. y Castro, J. ¿Al fin una Corte Constitucional?: Breve revisión del desarrollo de los derechos y el control constitucional en la jurisprudencia reciente (2019-2020). En *Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE*. 2020, 89-131.